

GUSTAVO TEPEDINO
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
VITOR ALMEIDA

COORDENADORES

DA DOGMÁTICA À EFETIVIDADE DO DIREITO CIVIL

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL
IV CONGRESSO DO IBDCIVIL

Realizado o IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), o leitor terá aqui atualíssima agenda de temas e problemas de direito privado. Questões controvertidas que se encontram na ordem do dia constituem o objeto da análise de diversas gerações de juristas. O fio condutor será a superação da dogmática formalista, em direção à efetividade do direito civil que, por sua vez, aspira à renovação doutrinária, promocional, inclusiva e, a um só tempo, comprometida com fundamentos teóricos bem definidos pela legalidade constitucional. O livro é composto tanto por artigos que traduzem reflexões feitas por ocasião do congresso, quanto pelos trabalhos vencedores do concurso realizado em comemoração ao centenário do Código Civil de 1916 – I Prêmio Clóvis Beviláqua, que revelam novos nomes do direito civil e o compromisso da nova geração com a efetividade do direito vinculado à realização da pessoa humana.

ISBN 978-85-450-0319-9



9 788545 003199

CÓDIGO: 10001185



Acesse nossa livreria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

f Fórum
CONHECIMENTO JURÍDICO

IBDCivil
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

Coordenadores

GUSTAVO TEPEDINO
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
VITOR ALMEIDA

DA DOGMÁTICA
À EFETIVIDADE DO DIREITO CIVIL

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL –
IV CONGRESSO DO IBDCIVIL

Belo Horizonte



É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Florianio de Azevedo Marques Neto
Alécia Paulucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Indi Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Bezerra	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Cabral	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 19º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

D654	Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBD/CIVIL/Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2017.
787 p.	
ISBN: 978-85-450-0319-9	
1. Direito Civil. I. Tepedino, Gustavo. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Almeida, Vitor. IV. Título.	
CDD 342.1	
CDU 347	

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBD/CIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 787 p. ISBN 978-85-450-0319-9.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

GUSTAVO TEPEDINO.....	23
-----------------------	----

PART I

CAPÍTULO 1

A RAZOABILIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

GUSTAVO TEPEDINO.....	27
1.1 Técnicas de interpretação e princípio da segurança jurídica	27
1.2 O panorama jurisprudencial: hesitações e dificuldades conceituais.....	29
1.3 Razoabilidade e proporcionalidade: o proporcional é razoável?	31
1.4 Razoabilidade como método necessário e permanente: a identificação de critérios substanciais em julgados do Superior Tribunal de Justiça	33
1.5 Perigos do formalismo e do subjetivismo na legalidade constitucional.....	35

CAPÍTULO 2

A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

HELOISA HELENA BARBOZA, VITOR ALMEIDA	37
Notas introdutórias	37
2.1 Vulnerabilidade: noção jurídica.....	38
2.2 A necessária preservação da autonomia dos vulneráveis.....	45
2.3 Instrumentos de tutela das vulnerabilidades: o exemplo dos mecanismos de apoio ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência.....	47
Considerações finais.....	50

CAPÍTULO 3

VULNERABILIDADE EXISTENCIAL NA INTERNET

DEBORAH PEREIRA PINTO DOS SANTOS	51
--	----

3.3	Vulnerabilidade existencial na internet e tutela prioritária de crianças e adolescentes	57
3.4	Conclusão: primeiros apontamentos para a proteção de crianças e adolescentes em situações jurídicas existenciais na internet	62

CAPÍTULO 4

O DIREITO AO ESQUECIMENTO DA PESSOA TRANSEXUAL

THAMIS DALSENTER VIEIROS DE CASTRO, VITOR ALMEIDA		65
	Notas introdutórias	65
4.1	A expansão da privacidade: a autodeterminação informativa e o direito ao esquecimento (ou ao controle de informações pessoais pretéritas)	68
4.2	Autonomia corporal e pessoa transexual	71
4.3	Identidade pessoal e direito à alteração do nome e do sexo	77
4.4	O direito ao casamento de pessoas transexuais	86
4.4.1	O erro essencial sobre a pessoa do cônjuge e a validade do casamento	89
	Notas conclusivas	94

CAPÍTULO 5

SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS: FUNCIONALIZAÇÃO OU COMUNITARISMO?

DANIEL BUCAR		97
5.1	Introdução	97
5.2	Liberalismo x comunitarismo: a dicotomia histórica	97
5.3	A leitura liberal da função social das situações patrimoniais	101
5.3.1	Uma nota sobre a doutrina administrativista: o interesse público	104
5.4	Concepções não liberais da função social das situações patrimoniais	106
5.5	Conclusão: a função social é expressão do comunitarismo contemporâneo?	107

CAPÍTULO 6

CONSTRUINDO UM DEVER DE RENEGOCIAR NO DIREITO BRASILEIRO

ANDERSON SCHREIBER		109
6.1	A economia do desequilíbrio	109
6.2	Comportamento dos contratantes diante do desequilíbrio e o silêncio do legislador brasileiro	112
6.3	Dimensão comportamental do desequilíbrio contratual na experiência jurídica estrangeira e internacional	117
6.4	Construção de um dever de renegociar no direito brasileiro	124

CAPÍTULO 7

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E O CONTRATO INCOMPLETO COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RISCO NOS CONTRATOS

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA, PAULA GRECO BANDEIRA		133
	Introdução: o contrato como mecanismo de gestão de riscos	133
7.1	Os modos de alocação de riscos nos contratos: gestão positiva e negativa	136
7.2	A cláusula resolutiva expressa como instrumento de gestão positiva dos riscos	136
7.3	O contrato incompleto como instrumento de gestão negativa dos riscos	142
	Conclusão	144

CAPÍTULO 8

A RELATIVIZAÇÃO DO DUPLO LIMITE E DA SUBSIDIARIEDADE NAS AÇÕES POR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

CARLOS NELSON KONDER, PATRICK SAAR		147
8.1	Introdução	147
8.2	A doutrina clássica do enriquecimento sem causa e os novos desafios do lucro da intervenção	147
8.3	Dificuldades da teoria do duplo limite	150
8.4	A questão da subsidiariedade	153
8.5	Conclusão	156

CAPÍTULO 9

QUAIS OS IMPACTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO SOCIETÁRIO?

MARCOS EHRHARDT JR.		157
	Introdução	157
9.1	Funções da boa-fé objetiva em nosso sistema	158
9.2	O necessário diálogo com práticas de governança corporativa para ampliação da aplicação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva	160
9.3	Necessidade de ressignificação do ordenamento jurídico na perspectiva do dever geral de boa-fé objetiva	162
	Notas conclusivas	165

CAPÍTULO 10

PACTO MARCIANO: TRAJETÓRIA, CONSTITUIÇÃO E EFEITOS

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO		167
10.1	Introdução	167
10.2	O pacto marciano: trajetória e mecanismos de atuação	169

10.2.1.1	Aquisição da propriedade plena da coisa objeto da garantia pelo credor.....	177
10.2.1.2	Aferição do justo valor da coisa objeto da garantia	179
10.2.1.2.1	Aspecto procedimental.....	180
10.2.1.2.2	Aspecto temporâneo.....	183
10.3	À guisa de conclusão. Os efeitos da cláusula marciana: restituição do <i>superfluum</i> ao devedor, abatimento do valor da coisa dada em garantia da dívida remanescente, perdão legal e extinção da obrigação	186

CAPÍTULO 11

A TUTELA POSSESSÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: AINDA SOBRE O FUNDAMENTO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

ROBERTA MAURO MEDINA MAIA		189
11.1	Introdução	189
11.2	Uma premissa importante: a análise das teorias subjetiva e objetiva.....	190
11.3	A tutela possessória e o seu viés civilizatório: notas sobre as opções do legislador brasileiro a respeito do tema	195
11.4	Crítérios processuais para a concessão de tutela possessória e a ocupação de áreas públicas ou privadas para fins de protesto.....	203
11.5	Conclusão.....	207

CAPÍTULO 12

OS ALIMENTOS ENTRE DOGMÁTICA E EFETIVIDADE

ANA CARLA HARMATIUK MATOS, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA.....		209
Introdução		209
12.1	Princípio da solidariedade familiar	209
12.2	Os critérios para o estabelecimento do binômio alimentar e os parâmetros jurisprudenciais	211
12.3	Alimentos a ex-cônjuges ou ex-companheiros.....	214
12.4	Possibilidades prospectivas de maior efetividade dos alimentos.....	219
Conclusão.....		222

CAPÍTULO 13

MULTIPARENTALIDADE A PARTIR DA TESE APROVADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA, RICARDO CALDERÓN.....		225
Introdução		225
13.1	Entendimento do STF acolhendo a multiparentalidade no direito brasileiro	229
13.2	A tese aprovada em representação.....	---

13.3.1	O reconhecimento jurídico da afetividade	231
13.3.2	Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica	232
13.3.3	Possibilidade jurídica da multiparentalidade	233
13.3.4	Princípio da parentalidade responsável.....	233
13.4	Efeitos a partir da tese fixada	234
13.5	Avanço e cautela	235

CAPÍTULO 14

COMO PRESERVAR A ISONOMIA DAS ENTIDADES FAMILIARES NA SUCESSÃO LEGAL?

ANA LUIZA MAIA NEVARES		239
14.1	Atualidade da questão proposta	239
14.2	Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro	240
14.3	A centralidade do cônjuge na ordem de vocação hereditária. Interpretações em desfavor do cônjuge sobrevivente.....	242
14.4	A legítima: ponderações	245
14.5	Legislação de <i>lege lata</i> : imperiosa equiparação de direitos sucessórios em virtude do fundamento da sucessão hereditária	249
14.6	Conclusão	252

CAPÍTULO 15

A RELEVÂNCIA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NO ATUAL ORDENAMENTO BRASILEIRO

DANIELE CHAVES TEIXEIRA.....		253
15.1	Notas introdutórias	253
15.2	Importâncias do direito sucessório no mundo contemporâneo.....	254
15.3	Desconstrução dos pilares do direito das sucessões: família e propriedade	256
15.4	Planejamento sucessório: à rigidez do direito das sucessões no Brasil.....	259

CAPÍTULO 16

O DEVER DE REVELAÇÃO E OS STANDARDS DE INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PAULO NALIN, MARCOS ALBERTO ROCHA GONÇALVES		261
16.1	Notas introdutórias: a arbitragem e os desafios dos novos tempos.....	261
16.2	A imparcialidade como fundamento da jurisdição e os critérios de definição do impedimento do juiz e do árbitro.....	263
		268

CAPÍTULO 17

OS DESAFIOS DO ENSINO DEMOCRÁTICO E INCLUSIVO DO DIREITO CIVIL

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA, VITOR ALMEIDA	275
Notas introdutórias	275
17.1 As mutações da hermenêutica jurídica e sua influência no ensino jurídico	276
17.2 A importância da funcionalização e humanização do ensino do direito civil	278
17.3 Os desafios do ensino jurídico universitário	280
17.4 Teoria e práxis na formação universitária	282
174.1 O exemplo dos núcleos de prática jurídica e das clínicas de direitos fundamentais	284
17.5 Do direito civil do homem médio ao direito civil da pessoa humana: novas pautas	285
Considerações finais: ensinar para emancipar	287

PARTE II

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – I PRÊMIO CLÓVIS BEVILÁQUA

CATEGORIA PROFISSIONAL

CAPÍTULO 1

DOGMÁTICA E EFETIVIDADE: O PAPEL DA CIVILÍSTICA NO DESBRAVAMENTO DE ESPAÇOS DE LIBERDADES

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS	291
Introdução	291
1.1 O problema em contexto: ângulos e parâmetros da ascendência do Estado Constitucional. A renovação da dogmática e sua necessária efetividade	292
1.2 Direito civil, Constituição e os desafios da civilística brasileira contemporânea	296
1.3 Efetividade: o papel da literatura na abertura e preservação de espaços de liberdades	300
Conclusão	304

CAPÍTULO 2

A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES REAIS: TUTELA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO REAL COMO PROCESSO

DIANA PAIVA DE CASTRO, FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS	307
Introdução	307

2.2 Delimitação do espaço de incidência da boa-fé objetiva em relação à função social	313
2.3 A interpretação da boa-fé nas relações reais em função aplicativa	316
2.3.1 A incidência da boa-fé objetiva nas relações condominiais e a figura parcelar da <i>supressio</i>	317
2.3.2 A incidência da boa-fé objetiva para a solução de conflitos entre centros de interesse contrapostos nos direitos reais sobre coisa alheia: usufruto, servidão, superfície, hipoteca e penhor	321
Síntese conclusiva	325

CAPÍTULO 3

DIALOGOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PRIVADO: O FENÔMENO DA DESCODIFICAÇÃO E O NOVO DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO

LAÍS GOMES BERGSTEIN	327
3.1 Introdução	327
3.2 O fenômeno da descodificação: as eras da “ordem e da desordem”	328
3.3 A triplíce dimensão da Constituição brasileira	330
3.4 O novo “direito privado solidário”	332
3.5 <i>Case law</i> : influências recíprocas na prática forense	334
3.6 Considerações finais	336

CAPÍTULO 4

PROPOSTA DE RELEITURA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DOS INTERESSES EXISTENCIAIS DECORRENTES DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

MAICI BARBOZA DOS SANTOS COLOMBO	339
4.1 Introdução	339
4.2 A releitura da obrigação alimentar segundo os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988	340
4.3 A desconconsideração da personalidade jurídica inversa como instrumento de efetivação da prestação alimentar	343
4.4 Desconconsideração para fins de imputação e para fins de responsabilidade	346
4.5 Pressupostos de aplicabilidade e a jurisprudência	347
4.6 Conclusão	352

CAPÍTULO 5

POR UMA RELEITURA FUNCIONAL DO (IN)ADIMPLEMENTO CONTRATUAL: REPERCUSSÕES DOS DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA

RODRIGO DA GITA SILVA	355
------------------------------------	-----

5.2	A cláusula geral de boa-fé objetiva como fundamento de deveres laterais de conduta.....	357
5.3	Delineamento da doutrina da violação positiva do contrato no direito brasileiro.....	363
5.4	Enquadramento dogmático dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva na disciplina do inadimplemento contratual.....	368
5.5	Síntese conclusiva.....	372

CAPÍTULO 6

A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AOS CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283/RS

ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE OLIVEIRA		375
	Introdução.....	375
6.1	O Recurso Especial nº 1.163.283/RS.....	376
6.1.1	Peculiaridades do caso concreto.....	379
6.1.2	Principais fundamentos do acórdão do REsp nº 1.163.283/RS.....	380
6.2	Regime jurídico do Sistema Financeiro da Habitação.....	383
6.2.1	O surgimento do Sistema Financeiro da Habitação.....	383
6.2.2	O desequilíbrio nos financiamentos imobiliários do SFH.....	383
6.3	Inconsistências da aplicação da análise econômica do direito nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação.....	385
6.3.1	Teste de compatibilidade constitucional.....	386
6.3.2	A metodologia do direito civil constitucional.....	387
6.3.3	A inconsistência sistêmica com o Recurso Especial Repetitivo nº 1.070.297/PR e a redução da função social do contrato aos interesses do mercado.....	390
	Considerações finais.....	394

CAPÍTULO 7

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NA INTERNET

CHIARA ANTONIA SPADACCINI DE TEFFÉ		397
	Introdução.....	397
7.1	O direito à imagem na legalidade constitucional.....	398
7.1.1	O consentimento para o uso da imagem.....	403
7.1.2	Exceções para a utilização da imagem independentemente da autorização de seu titular.....	405
7.2	A proteção da imagem na internet.....	405

7.3	A proteção do Marco Civil da Internet às imagens contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.....	413
	Considerações finais.....	416

CAPÍTULO 8

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP Nº 1.315.668: O RECONHECIMENTO DA VALIDADE DO AUMENTO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA IDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

MARIANA BARSAGLIA PIMENTEL		417
8.1	Introdução.....	417
8.2	Breve incursão na matéria fática e nos fundamentos jurídicos do caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.....	418
8.3	O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.315.668.....	419
8.4	Análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça sob o prisma do princípio da função social dos contratos.....	421
8.5	A prevalência da proteção do indivíduo concreto na relação contratual em detrimento do ideal de “bem comum”.....	424
8.6	Conclusão.....	426

CAPÍTULO 9

CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A (I)LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL

GABRIEL HONORATO DE CARVALHO		427
9.1	Notas introdutórias.....	427
9.2	Negócios jurídicos: definição e elementos estruturais.....	428
9.3	A constitucionalização do direito privado: eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a função social dos contratos.....	429
9.4	A cláusula de carência – prorrogação do prazo de entrega do imóvel – à luz do ordenamento jurídico brasileiro.....	432
9.5	Considerações finais.....	437

CAPÍTULO 10

A TUTELA DA PRIVACIDADE: DESDOBRAMENTOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE DADOS PESSOAIS

JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO, AURICELIA DO NASCIMENTO MELO		439
	Introdução.....	439
10.1	Considerações acerca dos dados pessoais.....	441

10.2.1	Desenvolvimento do modelo europeu	447
10.2.2	Os principais aspectos da Directiva nº 95/46/CE	450
10.3	O modelo italiano de proteção de dados pessoais	452
	Conclusão	457

CAPÍTULO 11

GUARDA COMPARTILHADA: UMA REFLEXÃO DA LEI Nº 13.058/2014 A PARTIR DA INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICOLOGIA

ARLENE MARA DE SOUSA DIAS, MAURICIO RODRIGUES DE SOUZA	459
Introdução	459
Breves considerações acerca das transformações da família no Brasil	460
O papel dos pais na formação psíquica da criança e os possíveis prejuízos de ordem emocional para os filhos	462
Guarda de filhos na legislação brasileira	464
Análise da Lei nº 13.058/2014: uma necessária interlocução entre o direito e a psicologia	466
Considerações finais	476

CAPÍTULO 12

A CAPACIDADE CIVIL NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A QUEBRA DA DOGMÁTICA E O DESAFIO DA EFETIVIDADE

JACQUELINE LOPES PEREIRA, LIGIA ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA	479
12.1 Introdução	479
12.2 "Personalização" da pessoa com deficiência e o paradigma da capacidade legal ..	480
12.3 Primeiros sinais de interpretação dos tribunais sobre incapacidade em ação de interdição	484
12.3.1 Método de seleção de julgados e descrição fática e decisória	484
12.3.2 Análise crítica do conteúdo dos julgados	487
12.4 Considerações finais	490

CAPÍTULO 13

A GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA NOS CASOS DE LITÍGIO CONJUGAL: UMA ABORDAGEM SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.058/2014 NO FÓRUM CÍVEL DE BELÉM

GRACE BAÊTA DE OLIVEIRA, JAMILLE SARATY MALVEIRA.....		493
13.1	Introdução.....	493
13.2	A regulamentação da guarda compartilhada: uma abordagem da Lei nº 13.058/2014	494

13.2.2	Critérios norteadores para a aplicação da Lei nº 13.058/2014	498
13.3	A guarda compartilhada e o mito de que o cuidado materno ainda é o ideal	499
13.4	Análise da aplicação da Lei nº 13.058/2014 no Fórum Cível de Belém: melhor interesse da criança ou dos genitores?	499
13.4.1	Aspectos práticos identificados nas entrevistas com os magistrados e nas decisões de concessão da guarda compartilhada	500
13.4.2	Resultado das entrevistas x prática forense	502
13.5	Considerações finais	506

CAPÍTULO 14

TEMPOS DE CRISE: CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A EXTINÇÃO DO COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE.....	509
Introdução.....	509
14.1 Das formas de extinção do contrato e suas consequências.....	510
14.1.1 Resilição unilateral.....	511
14.1.2 Distrato.....	512
14.1.3 Resolução contratual.....	513
a) Resolução sem culpa das partes (ou inexecução involuntária).....	513
b) Resolução por culpa das partes.....	514
c) Resolução por onerosidade excessiva.....	515
14.1.4 Rescisão.....	516
14.2 Da extinção dos compromissos de venda e compra de imóveis: controvérsias atuais e a jurisprudência.....	516
14.2.1 Da resilição unilateral do compromisso de venda e compra.....	516
14.2.2 Resolução dos compromissos de venda e compra.....	519
14.2.2.1 Resolução proposta pelo adquirente.....	519
14.2.2.2 Resolução contratual proposta pelo incorporador.....	520
14.2.3 Distrato dos instrumentos de venda e compra.....	522
14.3 Tentativas e propostas de resolução de conflitos decorrentes da extinção dos contratos de venda e compra.....	522
14.3.1 O Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores.....	522
14.3.2 Projeto de Lei nº 1.220/2015.....	524
14.3.3 Projeto de Lei nº 774/2015.....	526
Conclusão.....	527

CAPÍTULO 15

ENTRE O POSITIVISMO FORTE E O PRAGMATISMO: UM EXAME DA INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ÚLTIMO TRIÊNIO

DANIEL SILVA FAMPA	529
15.1 Notas introdutórias	529
15.2 O estado atual da responsabilidade civil objetiva pelo risco no Brasil	530
15.3 A relevância da análise econômica para a estruturação de um modelo objetivo de imputação do dever de reparar	534
15.3.1 Os modelos de juiz na doutrina de Richard Posner	539
15.4 Principais pontos das decisões do STJ sobre a matéria no último triênio	540
15.5 Considerações finais	544

CAPÍTULO 16

DA DOGMÁTICA À EFETIVIDADE: REVISITANDO A TEORIA DA NULIDADE SOB VIÉS FINALISTA DE CONTROLE DE PROTEÇÃO

DANIELA CORRÊA JACQUES BRAUNER	545
Introdução	545
16.1 A análise dogmática a respeito dos planos da existência, validade e eficácia	547
16.2 Crise do dogma da vontade e sua repercussão na teoria das nulidades: um novo olhar a partir da jurisprudência	552
Considerações finais	558

CAPÍTULO 17

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE: UMA CRÍTICA PARA ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

DÉBORA ELISA LIMA RIBEIRO	559
17.1 Introdução	559
17.2 O direito real de habitação	559
17.3 O direito real de habitação do cônjuge no direito brasileiro atual	561
17.4 O direito real de habitação do cônjuge supérstite no direito argentino	563
17.5 Análise comparada dos institutos de direitos reais de habitação brasileiro e argentino	566
17.6 Conclusão	566

CAPÍTULO 18

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO DE SUPERFÍCIE NA SUA VINCULAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL NO BRASIL

HORÁCIO MONTESCHIO	569
18.1 Aspectos históricos	569
18.2 Componente teórico-filosófico da propriedade liberal	571
18.3 A propriedade no liberalismo no ponto de vista da sua positivação	572
18.3.1 A propriedade codificada	573
18.3.2 A propriedade na mutação do Estado Liberal para Social	574
18.3.3 A construção da propriedade social	574
18.4 Propriedade na Constituição de 1988	576
18.5 Função social da propriedade	578
18.6 Direito de superfície no Código Civil brasileiro	578
18.6.1 Desenvolvimento industrial e direito de superfície	580
18.6.2 Função social da propriedade, da empresa e do sistema financeiro	582
18.6.3 Concessão de crédito tendo como garantia o direito de superfície	583
Conclusão	585

CAPÍTULO 19

CONTRATOS RELACIONAIS, BOA-FÉ OBJETIVA E TUTELA DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.356.725

LARISSA DE LIMA VARGAS SOUZA	587
19.1 Introdução	587
19.2 O caso julgado pelo Recurso Especial nº 1.356.725-RS	588
19.3 A boa-fé objetiva e a proteção da confiança	589
19.4 Os contratos cativos de longa duração e o paradigma da essencialidade	593
19.5 Tutela das legítimas expectativas dos contratantes	595
19.6 Conclusão	597

CAPÍTULO 20

INFORMAÇÃO PESSOAL COMO MERCADORIA E O PAPEL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: O CONFLITO ENTRE FILTROS DE CONTEÚDO E O DIREITO DE SER INFORMADO

BRUNO MARTINS MOUTINHO	599
Introdução	599
.....	601

20.1.1	Direito de informar.....	603
20.1.2	Direito de ser informado.....	606
20.2	Modelo de negócios da internet e os filtros de conteúdo.....	608
20.3	Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	610
20.3.1	O papel da função social da empresa.....	612
	Considerações finais.....	614

CAPÍTULO 21

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS *PUNITIVE DAMAGES*: CRITÉRIOS À APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL, ALEXANDRE PEREIRA BONNA.....		617
21.1	Introdução e apresentação da temática	617
21.2	Desenvolvimento dos <i>punitive damages</i> na experiência jurídica dos EUA: requisitos objetivos e subjetivos	620
21.2.1	Bases do desenvolvimento dos <i>punitive damages</i> : o papel do júri e a regra do <i>stare decisis</i>	620
21.2.2	Requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> a partir do papel do júri e da doutrina.....	624
21.2.3	Requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> a partir da interpretação dos limites constitucionais e pressupostos dos <i>punitive damages</i> pela Suprema Corte americana	628
21.2.4	Resumo dos requisitos objetivos e subjetivos dos <i>punitive damages</i> : parâmetros orientadores	630
21.3	Aplicação dos <i>punitive damages</i> na prática jurídica brasileira	631
21.4	Considerações finais	632

PARTE III

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – I PRÊMIO CLÓVIS BEVILÁQUA

CATEGORIA GRADUAÇÃO

CAPÍTULO 1

A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALEXANDRE DE SERPA PINTO FAIRBANKS, LUISA LEMOS FERREIRA		635
	Introdução: direitos fundamentais e relações privadas	635
1.1	Propriedade e função social	637

1.3	A função social dos direitos autorais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	643
1.3.1	Recurso Especial nº 964.404 – ES.....	643
1.3.2	Recurso Especial nº 1.371.835 – SP.....	645
1.3.3	Recurso Especial nº 1.320.007 – SE.....	646
1.3.4	Agravo em Recurso Especial nº 270.923 – SP.....	647
1.3.5	Recurso Especial nº 1.343.961 – RJ.....	648
1.3.6	Agravo em Recurso Especial nº 818.567 – SP.....	649
	Considerações finais.....	650

CAPÍTULO 2

CORPOS INOMINADOS NAS MARGENS DA REALIDADE: UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR SOBRE O DIREITO AO NOME DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

GUSTAVO BORGES MARIANO, JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO	653
2.1 Transfobia.....	653
2.2 Caminhos percorridos	654
2.3 Identidades e o sistema heteronormativo	656
2.4 Direitos e a dignidade da pessoa humana de travestis e transexuais.....	663
2.5 Análise de jurisprudência	669
2.6 Considerações finais	672

CAPÍTULO 3

O DIÁLOGO ENTRE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: PAVIMENTANDO O CAMINHO DA EFETIVIDADE

VYNICIUS PEREIRA GUIMARÃES		675
3.1	Introdução: um caminho a ser pavimentado	675
3.2	Jurisprudência: para além do dizer a lei	678
3.3	Doutrina: para além das teclas do piano.....	682
3.4	Do viúvo ao solteiro: o caminho hermenêutico da tutela do bem de família pelo Superior Tribunal de Justiça	686
3.5	À guisa de conclusão	688

CAPÍTULO 4

VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO, BOA-FÉ E EXTINÇÃO CONTRATUAL

GABRIELA HELENA MESQUITA DE OLIVEIRA CAMPOS,

4.1	Cláusulas gerais	693
4.2	Boa-fé	695
4.2.1	Boa-fé objetiva e suas funções	696
4.3	A vedação ao comportamento contraditório (<i>venire contra factum proprium</i>)	697
4.4	Extinção dos contratos	700
4.5	A aplicação da vedação ao comportamento contraditório na extinção dos contratos: uma análise jurisprudencial	701
	Considerações finais	704

CAPÍTULO 5

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO: O PROTAGONISMO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, ABRAÃO BEZERRA DE ARAÚJO	707
Introdução: a família democrática e o princípio da solidariedade	707
5.1 Relação conjugal e convivencial: comunhão plena de vida orientada pela solidariedade, boa-fé e simetria patrimonial	709
5.1.1 A deliberação da vida cotidiana e financeira entre os cônjuges ou companheiros	710
5.2 Alimentos compensatórios como uma solução possível – Construção doutrinária e jurisprudencial	713
5.2.1 Os alimentos compensatórios na legislação argentina e francesa	715
5.3 Alimentos compensatórios na jurisprudência brasileira	716
Conclusão	720

CAPÍTULO 6

ANÁLISE DA INCIDÊNCIA E ALCANCE DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE DIREITO AUTARAL E DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

CAMILA LIDIZIA DE CARVALHO, MARIANNA MANCINI MALAFAIA	721
Introdução	721
6.1 Cláusulas gerais	722
6.2 Boa-fé	724
6.3 Boa-fé nos contratos de direitos autorais	727
6.4 Boa-fé nos contratos de promessa de compra e venda	730
Conclusão	734

CAPÍTULO 7

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO PELO STJ E PELO TJ/RJ JOÃO MANOEL ANDRADE MACIEL DA SILVA CAMPOS GALDI

7.1 Introdução	735
7.2 Em busca de uma definição – Respaldo jusfilosófico	737
7.3 Decisões do TJ/RJ	740
7.3.1 Decisões quanto à temática	740
7.3.2 Decisões quanto ao desenvolvimento do princípio	743
7.4 Decisões do STJ	744
7.4.1 Temática no STJ	744
7.4.2 Desenvolvimento do princípio no STJ	746
7.5 Considerações finais	747

CAPÍTULO 8

O CONTRASSENDO CONSTITUCIONAL DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A VEDAÇÃO DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS PERANTE A EVOLUÇÃO GRADATIVA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

ROMILDO ROMPAVA	751
8.1 Introdução	751
8.2 Definição de usucapião, bens públicos e função social	752
8.3 A vedação legal: conflito entre princípios e realidade	755
8.4 Descaracterização de afronta constitucional	756
8.5 Uma nova visão doutrinária e jurisprudencial	757
8.6 Conclusão	762

CAPÍTULO 9

A FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE: UMA ANÁLISE DAS NOVAS TENDÊNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

BRUNA VILANOVA MACHADO, RENAN SOARES CORTAZIO	765
9.1 Introdução	765
9.2 A missão de harmonização social: a importância da responsabilidade no ordenamento jurídico	766
9.3 Os pilares da responsabilidade civil: o dano, a culpa e o nexo de causalidade	770
9.3.1 O terceiro elemento da responsabilidade civil: o nexo de causalidade	770
9.3.1.1 A função específica do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil	772
9.4 Tendências recentes: o novo olhar sobre a responsabilidade civil em relação à constitucionalização do direito	773
9.5 Considerações finais	778

A razoabilidade, por outro lado, não pode ter por fundamento tão somente as especificidades do caso concreto, como se o caso a ser sopesado fosse a exceção ao direito formal e abstrato, espontaneamente flexibilizado de acordo com a sensibilidade do magistrado, sem que houvesse fundamento axiológico para a incidência da razoabilidade. A técnica da razoabilidade há de ser aplicada necessariamente à luz do ordenamento. Por ser o sistema jurídico maior que o direito positivo, a razoabilidade servirá de elo de conexão entre os vários matizes e tendências que, compondo a bagagem cultural do intérprete, terão como norte os princípios, a ideologia e os valores do sistema.

As circunstâncias fáticas, portanto, apreendidas pelo intérprete, jamais podem se dissociar dos valores do ordenamento. Desse modo, a ponderação permeia toda atividade interpretativa, fazendo com que institutos como a boa-fé, o abuso do direito, a equidade, adquiram conteúdo que se uniformiza a partir de sua historicidade e relatividade ao longo do tempo, com absoluto respeito à legalidade constitucional. Trata-se de construção paulatina e constante na atuação do magistrado, a partir da necessária fundamentação das decisões,²⁸ mediante parâmetros materiais adequados ao caso concreto, como forma de ponderar os interesses relevantes em disputa e alcançar a solução que promova os valores do ordenamento, considerado em sua unidade e complexidade.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27-36. ISBN 978-85-450-0319-9.

normas de elevado grau de abstração exige um exercício de identificação de parâmetros a serem empregados na especificação concreta do seu conteúdo, de maneira que a uniformidade e a segurança serão tanto maiores quanto mais se tiver avançado no consenso em torno destes parâmetros" (SCHREIBER, A.; KONDER, C. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCCivil*, v. 10, 2016. p. 16. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/images/data/revista/volume10/ibdrcivil_vol_10_02_doutrina-nacional_uma-agenda.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017).

²⁸ KONDER, C. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, 2015. p. 209.

A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL¹

HELOISA HELENA BARBOZA

VITOR ALMEIDA

Notas introdutórias

Embora durante tempo considerável a vulnerabilidade tenha sido um conceito preterido pelo direito, crescente é o interesse por sua melhor compreensão e estudo de seu âmbito de aplicação e efeitos. Em razão de sua importância social, outro não poderia ser o rumo tomado pelo direito civil constitucional, que tem como núcleo de suas preocupações a proteção da pessoa humana em sua dignidade, uma vez que, tanto quanto a própria dignidade, a vulnerabilidade lhe é inerente.

O presente trabalho se propõe a apresentar, ainda que de modo sucinto, o conceito de vulnerabilidade e seu alcance, particularmente no campo jurídico. Do mesmo modo serão abordados alguns pontos da complexa questão relativa à proteção dos vulneráveis em face da indeclinável preservação de sua autonomia. Para tanto, devem ser analisadas, ainda que brevemente, algumas situações de vulnerabilidade e suas peculiaridades, as quais exigem tutelas diferenciadas, bem como seus respectivos instrumentos de efetivação.

¹ O presente trabalho retrata, em boa parte, palestra proferida no IV Congresso do IBDCCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil) – Congresso Internacional em Direito Civil Constitucional em 20.10.2016, com base em estudos sobre os temas abordados, que se encontram em desenvolvimento pelos autores. Os temas se inserem no âmbito do projeto interdisciplinar e interinstitucional (UFRRJ, UFF, UERJ) denominado "Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos fundamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiências", aprovado pelo Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil (PGPTA), por ocasião do Edital "Tecnologia Assistiva no Brasil e Estudos sobre Deficiência (PGPTA) nº 59/2014", cujos autores deste artigo atuam, respectivamente, como coordenadora associada da Instituição UERJ e pesquisador vinculado ao projeto em andamento.

2.1 Vulnerabilidade: noção jurídica

Como ressaltou Miguel Reale,² é preciso recolocar o direito no “mundo social”, ou seja, que se volte para as pessoas reais existentes no mundo dos fatos, e não mais sujeitos ideais, titulares abstratos de direitos equitativamente atribuídos e assegurados, com base numa igualdade formal.

Nesse sentido caminha a Constituição da República de 1988, desde a sua promulgação, ao consagrar a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre seus fundamentos. A pessoa mencionada na Constituição não é o sujeito de direito formal, mas um indivíduo real, existente no mundo dos fatos, um ser humano que necessita de proteção, em razão da vulnerabilidade que lhe é inerente. Nesta perspectiva focada no mundo dos fatos, identifiquei o constituinte a existência de diferentes vulnerabilidades, às quais dediquei dispositivos específicos e instrumentos de proteção especiais.

Emerge, em consequência, já na década de 1990, o tema da vulnerabilidade, como noção jurídica, contemplada expressamente ou não, nos textos infraconstitucionais. É o que se constata do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069, de 13.7.1990, que em seu art. 1º dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, por reconhecer sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento (art. 6º). Meses depois, a Lei nº 8.078, de 11.9.1990, destinada especificamente à proteção e defesa do consumidor, elege como um de seus princípios o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I).

Vislumbra-se em tais dispositivos faces diversas da vulnerabilidade, que requerem, assim, a mais ampla compreensão de seu conceito, de modo a possibilitar a aplicação jurídica mais adequada para fins de atendimento das peculiaridades de cada grupo de vulneráveis e, em particular, daqueles que já estão de algum modo vulnerados.

O conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”, de *vulnerare*, “ferir”, de *vulnus*, “ferida”) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, o qual pode, em situações contingenciais, ser “vulnerado”. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres humanos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados. O significado desses termos é bem esclarecido por Fermin Roland Schramm, que afirma:

Historicamente, um princípio moral de proteção está implícito nas obrigações do Estado, que deve proteger seus cidadãos contra calamidades, guerras etc., chamado também de Estado mínimo. Entretanto, poderia muito bem ser chamado de Estado protetor, pois parece intuitivamente compreensível que todos os cidadãos não conseguem se proteger sozinhos contra tudo e todos, podendo tornar-se suscetíveis e até vulnerados em determinadas circunstâncias. Mas, neste caso, devemos distinguir a mera vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, característica universal que não pode ser protegida – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária (por oposição à vulnerabilidade primária ou vulnerabilidade em geral). Ademais, os suscetíveis podem tornar-se vulnerados, ou seja, diretamente afetados, estando na condição existencial de não poderem exercer suas potencialidades (*capabilities*) para ter uma vida digna e de qualidade.

² REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 59-69.

Portanto, dever-se-ia distinguir graus de proteção de acordo com a condição existencial de vulnerabilidade, suscetibilidade e vulneração, o que pode ser objeto de discussões infundáveis sobre como quantificar e qualificar tais estados existenciais.³

De acordo com Fermin Roland Schramm, deve-se indagar quem são de fato os suscetíveis ou vulnerados, uma vez que a tendência dominante é definir a pessoa a partir de seu pertencimento geográfico ou cultural. Nesses casos, conforme alerta o autor, os riscos de estigmatização, paternalismo e autoritarismo são grandes. Além disso, grande também é a possibilidade de se preterir “as diferenças, o multiculturalismo e a pluralidade moral das sociedades complexas contemporâneas”. A questão, sob esse aspecto, reside em como fazer para focalizar os indivíduos vulnerados e lhes fornecer a proteção necessária para desenvolver suas potencialidades e sair da condição de vulneração e, paralelamente, respeitar a diversidade de culturas, as visões de mundo, os hábitos e as moralidades diferentes que integram suas vidas.⁴

Já se afirmou com propriedade que a dignidade da pessoa humana se concretiza na cláusula geral de tutela da pessoa humana.⁵ Contudo essa tutela somente será efetiva e adequada se for considerada a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas e as diferenças existente entre elas, para que se possa obter, o quanto possível, a igualdade substancial.⁶ A proteção que lhes é assegurada deve dar-se integralmente, em todas as situações, existenciais ou patrimoniais, de modo a contemplar todas e cada uma de suas manifestações.⁷

Observe-se que, além de a complexidade do processo de vida expor, com frequência e de modo geral, o ser humano à vulneração, há um grande número de pessoas que já se encontram, quando já não nascem, vulneradas, atingidas em sua dignidade, em razão de condições adversas de ordem psicofísica, social e/ou econômica. Não há para tais pessoas possibilidade de exercer seus direitos, por vezes sequer de ter acesso a eles, em igualdade de condições, sendo necessário que o direito lhes propicie, o tanto quanto possível, os meios para tanto.

Necessária, por conseguinte, a existência simultânea de uma *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializam sua vulnerabilidade, ou já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência

³ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, p. 20.

⁴ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, p. 20.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 117-128.

⁶ Para Maria Celina Bodin de Moraes, a igualdade é a manifestação primeira da dignidade; deve ser considerada, contudo, não em sua formulação inicial, traduzida na afirmativa “todos são iguais perante a lei”, mas em sua forma mais avançada, denominada “igualdade substancial”, que leva em conta as desigualdades de fato existentes entre as pessoas, em decorrência de suas distintas condições psicofísicas, sociais e econômicas (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81-115).

⁷ TEPELINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPELINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25-62.

da dignidade humana. Neste contexto, impõe-se indagar quais as características mínimas que podem ser consideradas para fazer a distinção entre os *vulneráveis* e os *vulnerados*, noções que permitem a diferenciação do tipo de tutela a ser conferida. Como alerta boa doutrina:

[s]e os conceitos não forem precisos não se pode saber que tipo de tutela deve ser dado aos indivíduos ou populações que mais necessitam de amparo, questão que precisa ser equacionada mediante uma correta relação entre o universalismo dos princípios (ao qual se refere implicitamente o conceito de vulnerabilidade) e a focalização das ações, que pode infringir os deveres *prima facie* relativos aos princípios com pretensão de validade universal, devido às situações substanciais específicas. Em suma, o conceito de vulnerabilidade, ao aplicar-se a qualquer situação, independentemente das características específicas desta, acaba não podendo aplicar-se a nenhuma situação particular.⁸

Se todas as pessoas são vulneráveis, é preciso estar atento a situações substanciais específicas, para que se identifique a tutela concreta a ser aplicada. Não basta em muitos casos invocar a tutela geral, implícita na Constituição da República, que protege todas as pessoas humanas em sua inerente vulnerabilidade. É indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada grupo, como vem sendo feito com as crianças e adolescentes, com os consumidores e com a pessoa idosa. Registre-se que muitas pessoas, como os integrantes do grupo LGBTQBT, ainda não mereceram estudo adequado das peculiaridades de seu modo de vida e aguardam, há muito tempo, a edição de normas aptas a proteger sua dignidade.

O estudo do conceito de vulnerabilidade, no campo do direito, tem sido feito quase que exclusivamente na área das relações de consumo, em que há referência, em geral, a três espécies: vulnerabilidade técnica, contábil e fática ou socioeconômica.⁹ Há divergência quanto à distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência,¹⁰ embora parte da doutrina, contrariamente, entenda terem as expressões igual significação.

⁸ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética, vulnerabilidade de pessoas portadoras de deficiências e políticas de proteção [mimeo]. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, SEMINÁRIO BIOÉTICA E VULNERABILIDADES, Porto Alegre, 2005, p. 4.

⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 323-324, v. 1. Recentemente, a doutrina consumerista tem identificado uma quarta espécie denominada de vulnerabilidade informacional, que "é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da informação. Evidentemente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, no mais das vezes, desnecessária" (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112).

¹⁰ Segundo uma corrente, os conceitos são distintos, sendo a vulnerabilidade uma "qualidade intrínseca, íngênita, peculiar, imane e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física", enquanto a hipossuficiência "é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis vem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência natural, material ou, como ocorre com frequência, ambas" (MARINIS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 38-39). "A doutrina brasileira defende, igualmente, que os consumidores desfavorecidos

O melhor entendimento parece ser o que considera não haver diferença ontológica entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Estão compreendidas neste último conceito certas categorias de consumidores, como idosos, crianças, doentes, que estão a merecer tratamento diferenciado na própria Lei de Consumo, a exemplo da inversão do ônus da prova já prevista na Lei de Consumo. A vulnerabilidade é característica de todo consumidor.¹¹ Por conseguinte, todo consumidor é presumivelmente vulnerável (art. 4º, I, do CDC), mas alguns grupos têm "vulnerabilidade potencializada" por sua situação fática e técnica, pois é "um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita dos serviços [...] que não entende [por exemplo] a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração [...]".¹²

A noção de vulnerabilidade¹³ não consta expressamente dos dicionários de filosofia, embora impregne o espírito dos filósofos, preocupados com a fraqueza e mortalidade humanas. Como visto, vulnerabilidade é característica do que é *vulnerável*, adjetivo que significa passível de ser ferido, e por consequência morto. Vulnerabilidade e mortalidade não são, porém, expressões sinônimas. A definição remete à ideia de risco e de sofrimento.¹⁴

O sofrimento nos ameaça de três lados: dentro do nosso próprio corpo, que, destinado ao envelhecimento e à dissolução, não pode sequer se abster dos sinais de alarme que constituem a dor e a angústia; do lado do mundo exterior, o qual dispõe de forças invencíveis e inexoráveis que nos atacam e nos abatem; o terceiro enfim que provem de nossas relações com os outros seres humanos. O sofrimento que provém dessa origem nos é talvez mais duro que qualquer outro [...].¹⁵

(ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material. A jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças, bebês, jovens), condições especiais de saúde (doentes, contaminados com o vírus HIV, e necessidades especiais, como especificam os arts. 37, §2º e 39, IV, do CDC" (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111).

¹¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325-329, v. 1.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Solidiedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de "ações afirmativas" em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-44, 2001, p. 13.

¹³ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In: CZERESINIA, Dina; BRITAS, Carlos Machado de (Orgs.). *Promoção da saúde: conceito, reflexões, tendências*, 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Focuz, 2009, p. 122. Informam os autores que o termo teve origem na "área da advocacia internacional pelos Direitos Universais do Homem", para designar grupos ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente, na promoção ou garantia de seus direitos de cidadania. A noção de pessoa vulnerável para os autores apareceu no direito positivo francês, na lei penal, para indicar certas vulnerabilidades, que constituíam elemento da infração, uma circunstância agravante, ou que deviam ser observadas na aplicação da pena. Considerava-se para tal fim a debilidade decorrente da idade, de uma doença, de uma enfermidade, de uma deficiência física ou do estado de gravidez. Todos os casos são objetivos, não dependentes de avaliação pelo juiz.

¹⁴ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et la consecration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 14.

¹⁵ FREUD, S. Malaise dans la civilização *apud* FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et la consecration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 14. Tradução livre.

Sob essa perspectiva, a vulnerabilidade é um dom que resulta necessariamente da condição de ser humano, e que pode ser estendido a todo organismo vivo. É um perigo eventual, mais ou menos previsível, e um fim inexorável, o primeiro surgido das relações que os homens mantêm entre si, e o segundo sendo a expressão da natureza humana. Não é a vida em sociedade que dá origem à vulnerabilidade, porque esta preexiste às relações humanas, mas a vida em grupo favorece a expressão da vulnerabilidade em suas diferentes formas: o risco de ser ferido é uma forte probabilidade na coexistência humana. A convivência pode aumentar a vulnerabilidade, mas não é a sua fonte.¹⁶

Este último aspecto é que faz a diferença entre vulnerabilidade e desigualdade, noções que não devem ser confundidas. A primeira é carregada de subjetivismo, enquanto a segunda é objetiva. A desigualdade aparece em contraposição à igualdade, que implica divisão, partilha. A vulnerabilidade não supõe necessariamente uma análise comparativa, é um estado em si. A desigualdade, ao contrário, somente aparece quando há comparação.¹⁷

A noção de pessoa vulnerável remete à de vítima. Há, contudo, uma diferença de grau no surgimento do dano: a vítima já sofreu um prejuízo material ou moral, enquanto a pessoa vulnerável está exposta a um risco; o vulnerável é suscetível de ser atingido, a vítima já o foi. O dano pode fazer aparecer, retroativamente, a vulnerabilidade, mas não atinge necessariamente pessoa vulnerável. Segundo Frédéric Fiechter-Boulvard, a existência de regras que se limitam a enunciar disposições protetoras não evita a superveniência do dano. Para o autor há duas categorias de regras, que apreciam a vulnerabilidade *a priori* ou *a posteriori*.

No primeiro caso, a pessoa vulnerável é uma vítima em potencial, pois se encontra especialmente exposta ao risco, em razão de seu estado, de sua fraqueza. Estão neste caso os incapazes, em razão da idade ou de outra causa particular, como as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade (CC art. 4º, III). As disposições legais devem procurar diminuir o risco a que tais pessoas estão expostas por sua natureza. As incapacidades aparecem como a tradução jurídica de uma vulnerabilidade antecipadamente apreendida pelo direito.¹⁸ Há outras categorias de pessoas que têm seu estado de vulnerabilidade presumido, como os consumidores, as crianças e os idosos.

A apreciação da vulnerabilidade *a posteriori* ocorre após a verificação do elemento constitutivo da vulnerabilidade – o risco. O dano sofrido faz aparecer o estado de vulnerabilidade da pessoa, quando fragilizada por um estado particular. Pode, ao contrário, tratar-se de uma situação de vulnerabilidade geral, a “vulnerabilidade certa” que põe, em dado momento, todo indivíduo em risco.¹⁹

¹⁶ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et a consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 15.

¹⁷ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et a consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 15.

¹⁸ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et a consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 19.

¹⁹ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et a consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 20-21.

Frédéric Fiechter-Boulvard analisa ainda em seu trabalho se a vulnerabilidade mereceria ser acrescida à classe (*rang*) dos conceitos jurídicos, já que se refere a certas vulnerabilidades que aparecem por vezes de forma implícita. Haveria dificuldade em perceber a emergência dessa nova noção. Além disso, se possível formar seu conceito, seria possível duvidar de sua utilidade: o direito parece ter regras suficientes para assegurar a proteção das pessoas particularmente vulneráveis.²⁰

Cumpra observar que tais considerações não são compatíveis com o direito brasileiro. A cláusula geral de tutela da pessoa humana é suficiente para proteção de todos os seres humanos em sua vulnerabilidade, que o autor indica como certa, por atingir qualquer indivíduo. Em consequência, a pessoa vulnerável como todos, mas que em razão de suas contingências pessoais está impedida ou tem diminuída a possibilidade de exercer seus direitos, ou se encontra em situação em que há maior probabilidade de se tornar uma vítima, necessita de proteção especial. As pessoas nestas condições já estão vulneradas, pois têm sua vulnerabilidade potencializada. Encontram-se, portanto em situação de desigualdade, e a proteção constitucional há de ser diferenciada, mediante tutela específica (concreta).

A noção de vulnerabilidade é utilizada na área da saúde pública, na qual passou a ser adotada após o advento da Aids, a partir da década de noventa, ganhando aí feições particulares, que também se revelam úteis para a compreensão jurídica da vulnerabilidade. Segundo José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres, o conceito de vulnerabilidade, numa percepção ampla e reflexiva, representa um importante passo na produção de um conhecimento interdisciplinar e “da construção de intervenções dinâmicas e produtivas”. A importância do conceito de vulnerabilidade no âmbito da Aids se deve ao fato de se ter constatado que a epidemia respondia a determinantes que iam além da ação do vírus que causa a doença. Em outras palavras, a noção de vulnerabilidade permitia a identificação das razões últimas da epidemia, encontradas em aspectos comportamentais, culturais, econômicos e políticos.²¹

A ampliação da discussão da vulnerabilidade aproximou seu conceito do debate em torno dos direitos humanos. Esta aproximação foi de todo importante, uma vez que o surgimento dos “grupos de risco” tornou-se o centro de contradições e conflitos, na medida em que gerou a estigmatização dos seus integrantes. De forma inaudita, a noção de grupo de risco difundiu-se amplamente, através da mídia, deixando de ser uma categoria analítica abstrata, para constituir uma categoria ontológica, uma identidade concreta.²²

As estratégias de prevenção e combate à epidemia com base nos grupos de risco mostraram-se equivocadas e ineficazes, do ponto de vista epidemiológico. Contudo geraram, de modo eficaz, profundos preconceitos e iniquidades para os chamados

²⁰ FIECHTER-BOULVARD, Frédéric. La notion de vulnérabilité et a consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Coord.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires, 2000, p. 28-32.

²¹ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (Orgs.). *Promoção da saúde: conceito, reflexões, tendências*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 117-119.

²² AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (Orgs.). *Promoção da saúde: conceito, reflexões, tendências*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 120.

quatro Hs (homossexuais, hemofílicos, haitianos e heroína-adictos), que sofreram nos Estados Unidos os efeitos adversos das referidas estratégias, que acabaram por ceder lugar a outras, orientadas para a redução do risco. Não obstante, a epidemia atinge até o momento os setores socialmente mais enfraquecidos: os mais pobres, as mulheres, os negros e os jovens, independentemente de limites geográficos, sexo ou orientação sexual.²³ Consta-se que os mais atingidos são, nos termos acima, os vulneráveis.

Verifica-se, por outro lado, o perigo que podem representar categorizações feitas sem maior análise dos fatores que as informam. Mesmo que tenham por fim a proteção dos envolvidos, podem acabar por fomentar preconceitos e discriminações. Nesse sentido, diversas denominações têm sido atribuídas à população pobre, como grupo de “carentes”, de “pessoas de baixa renda”, que acabam se tornando discriminatórias, na medida em que rotulam um *status* social menor, que dentro de um processo de desmerecimento do outro, que ocorre com lamentável frequência, “justifica” um tratamento diferenciado, ou seja, pior. Como observa Suelly F. Deslandes, “de cidadão, o sujeito pobre é reduzido à condição de ‘carente’, cujos direitos de atendimento digno são reinterpretados como bemesse ou esforço pessoal do profissional [...] que se espera, em contrapartida, imediata gratidão”.²⁴

Fato é que na sociedade atual em que se multiplicam os fatores de risco e se aprofundam as diferenças sociais, não obstante os esforços para reduzi-las, deve ser mantida atenção frequente sobre as pessoas expostas a esses fatores e diferenças, para se verificar se houve agravamento de sua vulnerabilidade. Não raro, os próprios grupos que se encontram em tais situações clamam por auxílio, mas nem sempre são atendidos, sequer ouvidos. Surge em relação a essas pessoas um “estado de invisibilidade”, por parte da sociedade e do Estado, que têm consciência do problema e nada fazem, mesmo em situações de vulneração antiga e inata.

Dois grupos servem de exemplo do citado “estado de invisibilidade”: os idosos e as pessoas com deficiência. Não obstante a Constituição da República já estabelecesse o dever da sociedade, em particular dos filhos, e do Estado de amparar as pessoas idosas, para lhes assegurar participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida (arts. 229 e 230), somente em 1º.10.2003 veio a ser editado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Durante mais de uma década, na verdade uma década e meia, permaneceram os idosos sem a *tutela concreta ou especial* que lhes era devida, a qual certamente em muito facilitou a efetivação da proteção que a Constituição da República lhes atribuiu.

O caso das pessoas com deficiência parece mais grave, não apenas por se encontrarem em estado de invisibilidade, gerador de discriminação inclusive legal, como também por serem maiores as peculiaridades dos grupos que constituem essa população, em relação a qual os direitos fundamentais, com frequência, somente eram efetivados através de decisão judicial. Somente em 6.7.2015, portanto vinte e sete anos após a promulgação da Constituição da República, foi sancionada a Lei nº 13.146, que institui a

chamada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.²⁵ Destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e à cidadania, a recente lei instrumentalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada pelo Brasil em 2007,²⁶ conferindo às pessoas com deficiência a tão aguardada *tutela concreta ou especial*.

2.2 A necessária preservação da autonomia dos vulneráveis

Os dois exemplos acima são bastante expressivos para a abordagem de importante questão que se apresenta, quando se atribui proteção especial a determinado grupo de vulneráveis. Trata-se da preservação da autonomia das pessoas protegidas.

Necessário lembrar que o conceito de autonomia ainda se apresenta tormentoso para o direito,²⁷ embora haja forte tendência para entendê-la como expressão da liberdade, para fins de conceituação jurídica. A liberdade é um valor, conteúdo de igual princípio jurídico, que enseja uma pluralidade de significados. Liberdade implica autonomia, ausência de vínculos, pressões ou coações externas, sendo denominada, sob essa ótica, liberdade negativa, enquanto supõe a garantia de não ingerência de poderes ou forças estranhas ao sujeito no desenvolvimento de sua atividade.²⁸

Entende Pietro Perlingieri que a garantia e a realização da pessoa humana estão igualmente confiadas à liberdade fundamental expressa na Constituição. Segundo o autor a definição de liberdade é influenciada de modo decisivo pelo contexto cultural, antropológico e ideológico e pela concepção previamente acolhida pelo direito. Não é mais como no passado, uma liberdade natural, originária do indivíduo, como esfera de sua discricionariedade, limitada excepcionalmente pela lei, em razão de excepcional interesse do Estado. Nem tampouco é mais um “âmbito de independência” concedido pelo Estado, liberdade negativa (*liberdade da*) que corresponde à limitação da soberania do Estado nos confrontos com o indivíduo, ao qual são conferidos direitos: liberdade de pensar, de circular, de associar-se. Esse tipo de liberdade convive no sistema constitucional italiano, como no brasileiro, com a *liberdade de*, que se traduz em situações subjetivas ativas, na maioria de natureza existencial. Como esclarece Pietro Perlingieri, a introdução dessas liberdades revela o “diverso e fundamental papel assumido pela pessoa humana”, e por meio delas o valor da pessoa rompe os esquemas privatísticos nos quais esteve contido, para liberar (*sprigionare*) suas potencialidades em todos os setores da vida social, incluída a esfera pública da qual era excluído.²⁹

²³ Também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Neste trabalho, serão utilizados indiscriminadamente ambos os termos e suas siglas.

²⁴ A denominada Convenção de Nova York foi assinada pelo Brasil em 30.3.2007 e ratificada em 1º.8.2007. Foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25.8.2007 e entrou em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31.8.2008 (BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso a: 1º jun. 2017).

²⁵ Sobre o tema ver BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 225.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 160.

²³ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita *et al.* O conceito de vulnerabilidade e as práticas de saúde: novas perspectivas e desafios. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (Orgs.). *Promoção da saúde: conceito, reflexões, tendências*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. p. 121.

²⁴ DESLANDES, Suelly F. O cuidado humanizado como valor e ethos da prática em saúde. In: PINHEIRO, Roseli *et al.* (Orgs.). *Razões públicas para a integralidade em saúde: o cuidado como valor*. Rio de Janeiro: IMS/UEIR/ Abrasco, 2007. p. 390.

A influência decisiva do contexto cultural, antropológico e ideológico na definição jurídica de liberdade indicada por Pietro Perlingieri ratifica o alerta dado por Fermin Roland Schramm, acima mencionado, quanto aos riscos de estigmatização, paternalismo e autoritarismo, decorrentes da tendência dominante de definir a pessoa a partir de seu pertencimento geográfico ou cultural, bem como quanto à possibilidade de se preterir "as diferenças, o multiculturalismo e a pluralidade moral das sociedades complexas contemporâneas".³⁰ Como antes salientado, essas categorizações feitas sem maior análise dos fatores que as informam podem gerar preconceitos e discriminações, como no exemplo citado dos denominados "grupos de risco", no caso da Aids e dos "pobres" ou "carentes", em relação às "pessoas de baixa renda".

À luz desses esclarecimentos, é possível reconhecer que autonomia e vulnerabilidade são pilares que funcionam em articulação, devendo a autonomia ser pensada em função da vulnerabilidade, como seu componente indispensável, sendo esta entendida como pedido de apoio ou de suporte.

Nessa linha, o respeito pelo princípio da autonomia das pessoas não pode se limitar a situações de não invasão da autonomia do outro, mas como fator que determina o apoio necessário para enfrentar insuficiências e construir e/ou consubstanciar essa mesma autonomia.

A relação entre autonomia e vulnerabilidade é tema complexo que enseja, não raras vezes, difíceis e delicadas ponderações, como as que vêm sendo provocadas pela afirmação da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, especialmente no que tange às relações existenciais.

De acordo com a Lei nº 13.146/2015,³¹ a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 6º).

O dispositivo mencionado tem provocado fortes reações que ensejaram inclusive proposta de lei³² para alteração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em franco retrocesso em relação às conquistas decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), incorporada ao ordenamento brasileiro com força e hierarquia constitucionais.

Na verdade, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, nada autoriza a restrição dos direitos existenciais das pessoas com deficiência, salvo quando e na estrita medida do necessário para protegê-las.

³⁰ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da necessidade: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, p. 20.

³¹ Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

³² PLS nº 757/2015: "Dá nova redação ao art. 1.772 do CC (sobre limites da curatela): [...]".

³³ Excepcionalmente, o juiz poderá estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos.

³⁴ Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz poderá condicionar a prática de determinados atos não patrimoniais a uma prévia autorização judicial, que levará em conta o melhor interesse do curatelado".

O exame das disposições legais existentes para outros grupos de vulneráveis revela franca tendência ao fortalecimento da sua autonomia, tanto para atos patrimoniais, como existenciais, por meio de instrumentos adequados para tanto. Nenhuma razão existe, por conseguinte, para que o mesmo não ocorra em relação às pessoas com deficiência, exceção feita, permita-se a insistência, para seu benefício e proteção.

2.3 Instrumentos de tutela das vulnerabilidades: o exemplo dos mecanismos de apoio ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência

Na trajetória das desigualdades no mundo social, a compreensão das vulnerabilidades requer um exame de suas múltiplas dimensões, derivadas em razão da origem, raça, sexo, cor, idade ou algum "impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas" (art. 2º, EPD), entre outras formas constatadas. Emerge, desse modo, a especial vulnerabilidade das pessoas com deficiência, que vivenciam situações de descaso, discriminação e exclusão de toda sorte ao longo da história, como já visto.

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), expressão legal da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência acolhida como emenda constitucional em nosso ordenamento, desafia uma cultura ainda vigente no país que é a invisibilidade, na medida em que essas pessoas têm seus direitos sistematicamente desrespeitados, inclusive pelo próprio Poder Público, que num círculo vicioso de omissão insiste em manter esse grupo vulnerado à margem da proteção legalmente estabelecida.

Diante desse quadro, realça-se a função promocional³⁵ do EPD e da Convenção, na medida em que a promulgação de uma lei geral sobre os direitos da pessoa com deficiência, que reflete normas constitucionais incorporadas após a internalização do CDPD, desafia intérpretes e operadores do direito, bem como as instituições competentes, a transformarem a atual "cultura de indiferença" causada pela invisibilidade e exclusão das pessoas com deficiência em nossa sociedade. Para tanto, é preciso celebrar as diferenças e valorizar a diversidade humana, de modo a beneficiar toda a sociedade que passa a conviver com diferentes visões de mundo.

Nesse sentido, indispensável promover a autonomia da pessoa com deficiência para decidir sobre sua própria vida e, para isso, se centrar na eliminação de qualquer tipo de barreira, para que haja uma adequada equiparação de oportunidades. Isso provoca o empoderamento da pessoa com deficiência que passa a tomar suas próprias decisões e assumir o controle do seu projeto de vida.

Entretanto, para que essa independência seja viável e real, é imprescindível a implementação de políticas públicas, programas sociais e serviços adaptados que permitam a superação das barreiras, mas que, em muitos casos, encontrar limite na reserva do possível em razão da necessidade do aporte de recursos financeiros para a efetiva e plena fruição dos direitos assegurados às pessoas com deficiência, como a adaptação arquitetônica de imóveis, adaptação de veículos utilizados no transporte

³⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, *passim*.

coletivo, adaptação de material didático nas escolas, contratação de intérpretes de Libras (língua brasileira de sinais), entre outros. Tal cenário, contudo, não pode ser, mais uma vez, fator para a perpetuação da indiferença e inobservância dos direitos conquistados.

Nesse sentido, indispensável que a sociedade reconheça as pessoas com deficiência como iguais em respeito e consideração, sujeitos independentes e com voz para interação com outros parceiros na sociedade, em simetria de oportunidade, para alcançar a estima social desejada e desenvolver livremente sua personalidade de acordo com seu projeto pessoal de plena realização existencial.

O estatuto se destina a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social. A nova lei constitui medida eficiente para que as pessoas com deficiência obtenham os instrumentos necessários para ter uma vida digna, a exemplo da curatela e da tomada de decisão apoiada, que agora visam à promoção da autonomia da pessoa com deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão afirma a capacidade civil das pessoas com deficiência e o resguardo de seus direitos, sobretudo os de natureza existencial, cruciais para uma vida com dignidade (art. 6º).²⁴ Ao tratar do reconhecimento igual perante a lei, o estatuto reafirma a plena capacidade da pessoa com deficiência e assegura, ainda uma vez, seu "direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas" (art. 84). Quer o legislador resguardar-lhes o direito de decidir sobre sua pessoa e bens, na medida de sua autonomia. Não foram desconsideradas, porém, as situações em que o exercício pessoal dos direitos assegurados, mesmo que superadas as barreiras e feitas as adaptações razoáveis, não é cômodo ou exige sacrifício e/ou sofrimento evitável para a pessoa com deficiência, ou, ainda, não é efetivamente possível, sem prejuízo dos interesses da própria pessoa, como acontece em casos de deficiências físicas e mentais graves. Prevê a lei instrumentos para ambas as hipóteses.

No primeiro caso, é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de "tomada de decisão apoiada", no qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A tomada de decisão apoiada serve, portanto, para apoiar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, logo, promover a autonomia e a dignidade, sendo que os apoiadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência. Em outros termos, os apoiadores atuam ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão.

Destaque-se, portanto, que a tomada de decisão apoiada já nasce vocacionada à preservação da autodeterminação da pessoa com deficiência, com fins de manutenção do seu pleno estado de capacidade de agir, sendo, inclusive, um remédio plasmado prioritariamente para apoio das situações existenciais, ainda que os apoiadores tenham como principal papel o auxílio às relações negociais travadas pela pessoa deficiente

²⁴ Permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas* - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 249-274.

apoiada. Trata-se, permita-se repisar, de instituto promotor de autonomia e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir demasiadamente sua vontade e escolhas existenciais e patrimoniais.

Para os casos graves, nos quais a pessoa com deficiência não apresenta condições físicas ou mentais de exercer seus direitos pessoalmente, admite o Estatuto a submissão da pessoa à curatela, "conforme a lei" (art. 84, §1º). Embora o texto legal utilize o verbo "submeter", a curatela prevista no estatuto tem características que a distinguem do instituto tradicional, a saber: (a) sua admissão é feita "quando necessário", o que deve ser entendido como "for necessário para atender o melhor interesse da pessoa com deficiência" e não outro qualquer (art. 84, §1º); (b) constitui medida protetiva extraordinária, que deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durar o menor tempo possível (art. 84, §3º); (c) afeta não somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85); e (d) não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º).

Reafirma-se na última característica a preservação da plena capacidade civil da pessoa com deficiência, no que diz respeito a seus interesses existenciais, como prevê o art. 6º do estatuto, salvo quando as restrições se fizerem necessárias em benefício e para a proteção do curatelando nas questões existenciais. A evidência, a definição da curatela, isto é, dos poderes do curador e das restrições impostas ao curatelado, deve ser feita diante de cada caso concreto, uma vez que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões de sua definição, preservados os interesses do curatelado (art. 85, §2º).

Dúvida consiste em saber se, com a afirmação da plena capacidade no art. 6º do EPD, nos casos em que a pessoa puder ser submetida à curatela ela permanece capaz ou poderá ser declarada relativamente incapaz. É oportuno lembrar, a rigor, que poderá ser considerada relativamente incapaz toda e qualquer pessoa que, "por causa transitória ou permanente", não puder exprimir sua vontade, nos termos da nova redação atribuída pelo estatuto ao inc. III, do art. 4º, do Código Civil. Certo é que, a partir da entrada em vigor da nova redação do citado art. 4º, a existência de deficiência física, mental, intelectual ou sensorial – por si só – não mais poderá ser indicada como causa da incapacidade, visto que a incapacidade somente resultará da impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, por causa – qualquer que seja – transitória ou permanente, vale dizer, permitam-se a insistência, seja a pessoa deficiente ou não. Enquanto a pessoa tiver competência para explicitar sua vontade, seja por meio de adequações razoáveis, intérpretes (caso da língua dos sinais utilizada pelos surdos) ou de apoiadores, em princípio, não tem cabimento a incapacidade relativa. A pessoa que se encontre nas condições previstas no inc. III, do art. 4º, poderá ser declarada incapaz relativamente aos atos indicados na respectiva sentença de interdição, que terá o alcance estabelecido pelo estatuto.

Nesse sentido, o reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a consequente decretação de sua interdição é medida extraordinária e se legitima apenas como medida de proteção, como deixa claro o Estatuto (art. 84, §3º). Se tem cabimento, portanto, quando insuficientes ou inexistentes os meios de proteção dos interesses da pessoa que será curatelada. É importante observar que deve se deferir de modo "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso", de acordo com o mesmo dispositivo. Por conseguinte, não serão razoáveis decisões genéricas, que

confirmam amplos poderes de disposição ou comprometimento de bens para pessoa de patrimônio diminuto.

O mesmo deve-se dizer em relação às pessoas que se encontrem impedidas de exprimir sua vontade, em situações sabidamente temporárias, como as que decorrem de tratamento médico ou cirúrgico. É de todo indispensável observar com minúcia as circunstâncias e necessidades de cada caso, para que se encontre a proporção que atenda ao melhor interesse do curatelado e preserve, ao máximo, sua autonomia.

Indispensável, portanto, que diante das vulnerabilidades presentes no “mundo social” o direito desempenhe papel relevante na busca por instrumentos para reequilibrar as relações jurídicas, sobretudo em questões sensíveis como as existenciais, de modo a preservar a necessária autonomia dos sujeitos vulneráveis, a exemplo das pessoas com deficiência, crianças, adolescentes, idosos, entre outros.

Considerações finais

Se a vulnerabilidade é certa e atinge todos os seres humanos, sob esse aspecto todos são iguais. Toda matéria jurídica já estaria por ela impregnada. Caberia, por conseguinte, indagar se a noção de vulnerabilidade apresenta algum interesse jurídico. Tal visão é exagerada, na medida em que a vulnerabilidade apresenta gradações. Trata-se de “uma certa vulnerabilidade e não mais de uma vulnerabilidade certa” que interessa ao jurista, ainda que o direito tenha normas que a consagrem de modo geral.³⁵ A diversidade de formas de vulnerabilidade explica a existência de diferentes mecanismos de proteção. A maioria das manifestações da vulnerabilidade se encontra implícita, sendo mais rara sua referência direta e explícita.

Por força da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, imantada pela Constituição, é imprescindível sua proteção integral, bem como, por questão da isonomia substancial, que as vulnerabilidades específicas imponham tutelas mais energéticas em prol desse grupo. Na legalidade constitucional, não só a tutela genérica da pessoa humana é imperiosa, mas também a tutela específica das vulnerabilidades na medida de suas necessidades.

Autonomia e vulnerabilidade são chaves indispensáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana, uma vez que aquela deve ser, sempre que possível, preservada a fim de promover a liberdade e as decisões pessoais, sobretudo as de cunho existencial, e essa merece ser tutelada, a partir de suas especificidades, na exata medida para promover a necessária autonomia. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional é uma questão de afirmação da igualdade substancial e respeito à dignidade humana.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vítor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coord.). *De dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IDOCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 37-50. ISBN 978-85-450-0319-9.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 16.

VULNERABILIDADE EXISTENCIAL NA INTERNET

DEBORAH PEREIRA PINTO DOS SANTOS

3.1 Introdução: proteção da pessoa humana na era virtual

De acordo com a metodologia civil-constitucional, preconiza-se a passagem do sujeito de direito à pessoa humana como centro subjetivo das relações jurídicas, sendo esta considerada em toda a sua inviolável dignidade. Em razão do papel central exercido no ordenamento jurídico pela Constituição – em especial, pela cláusula geral de tutela da pessoa humana – se defende que o indivíduo, elemento antes cercado de neutralidade, cedeu lugar nas relações de direito privado à pessoa, cuja proteção e promoção são objetivos máximos da ordem jurídica.¹

A concepção abstrata e unitária do “burguês másculo, maior, alfabetizado e proprietário” deve ser superada em prol da pessoa humana em sua concreta vulnerabilidade. O sujeito abstrato mantém a sua função, porém não mais é conceito suficiente para abarcar integralmente as realidades às quais faz referência. Trata-se de processo contínuo, no qual se retira do procedimento jurídico de construção do sujeito-pessoa qualquer indiferença pela realidade das condições materiais peculiares a cada ser humano, a exemplo das crianças e adolescentes, das mulheres e dos portadores de deficiência.²

As técnicas do sujeito de direito e da pessoa humana são complementares e não excludentes para a promoção das situações jurídicas existenciais. Com elas, busca-se compatibilizar a tutela do sujeito titular de direitos e deveres nas relações privadas e o reconhecimento das diferenças que individualizam as pessoas, sendo sempre tais relações funcionalizadas à tutela da dignidade humana.³

¹ TEPELINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, 2000.

² Cf. RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Milano: ESI, 2007. p. 15-26.

³ TEPELINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18-19.